✠

P O R

DOÑA BERNARDA, y doña Magdalena de Villaverde, hermanas, mugeres legitimas de Don Ioſeph Mendez de Sotomayor, y de D. Alonſo de la Cueua, y Guzman.

(*⁎*) *EN EL PLEYTO,* (*⁎*)

CON DON GONZALO de Leon Garabito, todos vezinos de la Ciudad de Malaga.

N. 1. 

EL HECHO DESTE pleyto conſiſte. Lo primero, en que don Iuan de la Peñuela, eſtando caſado con doña Iuana de Eſpinoſa y de la Cueua ſu muger, y teniendo por ſu hijo vnico á don Lope de la Peñuela, de edad de diez y ſeys meſes, por el teſtamento cerrado, que otorgô en 20. de Febrero de 623. con cuya diſpoſicion muriò en 10. de Março ſiguiente de el meſmo año, diſpuſo en la forma ſiguiente.

2 ¶ *Declaro, que eſtoy caſado con Doña Juana de Eſpinoſa mi muger, de cuyo matrimonio*

 tene-

tenemos por nuestro hijo à don Lope de la Peñuela, q̃ de presente es de edad de diez, y seys meses, y vsando de la potestad que el Derecho me concede, quiero, y es mi voluntad, que si muriere antes de la edad de catorce años, que es la pupilar, suceda en todos los bienes, herencias, y legitimas que el dicho mi hijo tuuiere, y le perteneciere, assi mios, como en otra qualquiera manera, don Gonçalo de Leon Salazar mi sobrino, hijo de mi hermana, y sus descendientes, cõ ciertas condiciones *de prohibicion de enagenacion,* y llamamientos de otros, *prefiriendo el mayor al menor, y el varon à la hembra.*

3 ¶ Lo segundo, que la dicha doña Iuana de Espinosa quedô preñada del dicho don Iuan de la Peñuela su marido, la qual pariô ocho meses despues de la muerte del susodicho, *à doña Juana de la Peñuela* su hija.

4 ¶ Lo tercero, que auiendo muerto el dicho Don Lope de edad de veynte meses, (y antes de el nacimiento de la posthuma,) y pretendido el dicho don Gonçalo de Leon en virtud de su llamamiento, por *la substitucion pupilar,* que se le auia de dar la possession de los bienes de don Iuan de la Peñuela su tio. La saliô contradiziendo doña Iuana de Espinosa, por si, y por el vientre. Y despues por la posthuma su curador, pretendiendo auerse anulado el testamento dicha substituciõ, por la preterícion, y nacimiento de la susodicha, y tocar la mitad de la herencia de el don Iuan, por muerte de don Lope su hijo abintestato, à la dicha doña Iuana su madre, y la otra mitad por su propio derecho â dicha posthuma.

5 ¶ Sobre lo qual se formò pleyto, y en contradictorio juyzio hechas probanças por las partes, y cõcluso recusado el Alcalde mayor de Malaga, y acompañado *con el Doctor Susana, Abogado de esta Corte,* prouey ô auto en 11. del mes de Mayo de 1626. en que mandò *dar la possession pro indiuiso de la mitad de los bienes que dexò don Iuã de la Peñuela à doña Iuana de la Peñuela, menor,*

como

co:no vna de dos hijos, y herederos de su padre, y de la otra mitad à Doña Iuana de Espinosa y de la Cueua, como heredera vniuersal de don Lope de la Peñuela su hijo, y del dicho su marido, que murio en la edad pupilar. Y declarò no auer lugar la possession pedida por el dicho Don Gonçalo de Leon, de los bienes, y herencia del dicho don Lope de la Peñuela, y que esto fuesse sin perjuyzio del derecho de la propiedad, y con que dicha Doña Iuana de la Cueua diesse fianças, de que si este auto fuesse reuocado, restituiria los bienes con los frutos. Con el qual se conformò el Alcalde mayor de Malaga.

6 ¶ Lo quarto, que aunque se interpuso apelacion por parte del dicho don Gonçalo de Leō, no la prosiguiô, ni sacô mejora: y auiendose sustanciado el articulo con las rebeldias ordinarias, saliô auto *en 12. de Julio de 629. en que se declarò por passado en cosa juzgada el proueido por el dicho Doctor Susana, y Alcalde mayor, que se conformò con èl.*

7 ¶ Lo quinto, que la dicha doña Iuana de la Peñuela posthuma, muriò *en 16. de Otubre de 637.* siendo de cerca de catorce años, como consta de la certificacion que estâ en los autos, *fol. 256.*

8 ¶ Lo sexto, que en 6. de Nouiembre de 641. el dicho don Gonçalo de Leon Garauito, parte contraria, puso demanda en juyzio de propiedad à las dichas doña Bernarda, y doña Magdalena de Villaverde y Cueva, como â hijas, y herederas de la dicha doña Iuana de Espinosa de la Cueua su madre, y â D. Luis de Villaverde su segundo marido, pretendiendo le pertenecen los bienes del dicho don Iuan de la Peñuela en virtud de la substitucion pupilar, y que por el nacimiento de la posthuma no se anulò el testamento, sino solo en la parte que tocaua à la susodicha, y que auiendo sido la voluntad de su tio, que sucediessen los llamados, se deue obseruar en la parte que tocô al dicho don Lope, menor, pues muriò en la edad pupilar; y concluyò se le restituyessen los bienes con frutos.

Pusie-

9 ¶ Pusieron excepciones los Reos diziendo, que por el nacimiento de la dicha Doña Iuana, se anulò el testamento de su padre, y lo quedò tambien la substitucion pupilar, que lo fue de toda la herencia del dicho Don Lope, menor; y mas auiendo ignorado el dicho don Iuan, que su muger quedaua preñada, y resultando tambien en perjuyzio de doña Iuana de Espinosa, madre de los dos, con que no podia valer por parte la disposicion, siendo indiuidua, y por otras razones, y fundamentos que adelante se advertiràn.

10 ¶ Recebido el pleyto à prueua, y hechas nueuas prouanças en este juyzio por las partes, la sentencia del Alcalde mayor de Malaga, que pronunciò *en 12. de Otubre de 645.* fue declarar pertenecer al dicho don Gonçalo de Leon la mitad de los bienes que quedaron por muerte del dicho don Iuan de la Peñuela, en fuerça de la substitucion pupilar que hizo à don Lope de la Peñuela su hijo, y mandó se le restituyan con los frutos, desde la muerte del dicho don Lope, y la otra mitad declarò pertenecer a las dichas doña Magdalena, y doña Bernarda de Villaverde, como hijas, y herederas de la dicha doña Iuana de la Cueua su madre, que lo fue de la dicha D. Iuana de la Peñuela su hija posthuma.

11 ¶ De que se apelò por estas partes à la Chancilleria, donde traydos los autos, expressaron agrauios, y por la otra de bien sentenciado, y quedò el pleyto concluso desde el año passado de 646.

12 ¶ Hasta que aora este presente de 60. se ha continuado, y emplazadas las partes por pleyto retardado, y està visto.

13 ¶ Y para que se reuoque la sentencia de el inferior, y las dichas doña Magdalena, y doña Bernarda, y don Ioseph Mendez de Sotomayor, y don Alonso de la Cueua sus maridos, sean absueltos, y dados por libres, imponiendo à la contraria perpetuo silencio, representamos los fundamentos que les assisten, y procuraremos en ellos dar satisfacion à los de que se vale el dicho don Gonçalo de Leon.

PRI-

PRIMERO FUNDAMENTO de estas partes.

14 ¶ Este consiste en la regla, y principios del Derecho, que dispone, que si el padre por su testamento omitiere el instituyr à el posthumo, ò posthuma que naciere despues de su muerte de su muger legitima, quedando preñada: luego q̃ nace el tal posthumo, ò posthuma, rompe, y anula in totum el testamento, sin que se conserven legados, ni otra cosa alguna de lo contenido en el, y se sucede abintestato, *l. qui pater filium 26. l. qui plures 38. §. fin. ff. de vulg. l. 1. l. posthumi 13. in princip. & in §. in his, l. certum, l. posthumus 12. & fere per totum titulum, ff. de iniusto rupto, l. inter cætera 30. ff. de liber. & posthum. l. maximum vitium 4. in fin. C. eodem tit. l. 1. C. de posthum. her. inst.* ibi: *Cum agnatione posthumi, vel posthumæ cuius nõ meminit testamentum ruptum sit, ex rupto autem testamento, nihil deberi, neque peti posse explorati iuris est. & §. posthumi, Inst. de exher. liber.* ibi: *Sed postea agnatione posthumi, siue posthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur.*

15 ¶ Bartol. *in l. pupilari 14. ff. de vulgar.* & communitèr *DD.* & consonat *l. 20. tit. 1. part. 6.* ibi: *Posthumus, es llamado en Latin propiamente el moço que nace despues de la muerte de su padre. E de essa manera puedese llamar el hijo q̃ nació despues que el padre à fecho testamento postrimero. E estos fijos à tales quebrantan los testamentos de sus padres, en que non ouiessen seidos establecidos por herederos.* Vbi Gregor. verb. *quebrantan.*

OPOSICION DE D. GONZALO, contra este primer fundamento.

16 ¶ Dize, pues, que aunque es cierta, y sin disputa dicha resolucion, està limitada por la *Authent. ex causa, C. de liber. præter.* illic: *Ex causa exheredationis, vel præteritionis, irritum est testa-*

men-

mentum, quantum ad institutiones: cætera, namq; firma permanent.

17 ¶ Induziendo de aquellas palabras *cætera namque firma permanent.* Que las demas cosas escritas en el testamento, como son libertades, tutelas, legados, fideicommissos particulares, y las substituciones directas, por las quales no se sucede à el difunto, como son pupilares, & exemplares, se conservan sin embargo de anularse la institucion.

18 ¶ *Gloss.* in *l.* 1. *ff. de vulg.* Bartul. *in l.* 1. §. *substituere, num.* 3. *ff. de vulg. & in l. filio præterito, num.* 12. *ff. iniust. rupt.* Castrens. *in dict.* §. *sustituere, in fin.* Rippa *in l.* 2. *num.* 32. *ff. de vulgari.* Ant. Gom. *de sustitut. vulgar. num.* 24. Cançer. *lib.* 1. *var. cap.* 4. *de testam. num.* 52. Ayll. ad Anton. Gomez *tom.* 1. *cap.* 3. *num.* 34. Donde junta muchos, assi antiguos, como modernos, y Regnicolas que son deste sentir.

19 ¶ A que satisfacemos. Lo vno, con que dichas palabras, *cætera*, afirman algunos Doctores magnæ authoritatis, no auer sido de Iustiniano, si no añadidas de *Yrnerio*, que fue mucho tiempo despues, vt inquit Dom. Couarr. *in cap. Raynutius, de testam.* §. 6. *num.* 4. *circa finem*, ibi; *Deinde verba illa*, cætera namque, *in Auth. ex causa, non sunt Iustiniani, sed Yrnerij, siquidem Authenticæ, Codici inserta, non fuere eidem operi per Iustinianum, neque eo tempore, neque eius authoritate adscripta, sed multo postea eodem Yrnerio, Alberto Bulgaro, & alijs, quod & Gregorius Halaander in præfatione Codicis, Iustiniani, & plerique alij adnotarunt.* Matienço *in l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *glos.* 14. *num.* 81. *in fine.*

20 ¶ Lo otro, que ademas de auerse dexado engañar Bart. y otros de dichas palabras *cætera namque*, dize Ant. Fabr. que hablan de testamento de la madre: no empero de la preterición del padre, sicuti, lo nota *lib.* 9. *coniect. c.* 14. *n.* 24. ibi: *Quamquam verius est eam constitutionem, non de iniusto testamento tractare, sed de eo dumtaxat, quod*

ruptum, vel irritum factum sit, & consequentes non de præteritione paterna, sed de materna, quæ pro exheredatione est, vt alio loco scribemus, contra Bartolum, & alios Yrnerij verbis deceptos, in Authent. ex causa, C. de liberis præteritis.

21 ¶ Lo tercero, porque licet certa sint verba præfacta, & æquipoleant à las del *Auth. vt cum de appell. cog. §. sed hac,* ibi: *Et cæteris testamenti capitalis, in suo rubore permanentibus, & in §. si verò contigerit,* illic: *Vel qualibet alia capitula concessa legibus nominari.* Toda via no parece que segun lo decidido en las antecedẽtes *in dict. Auth. ex causa*, es posible conservarse la sustitucion pupilar.

22 ¶ Porque si ha dicho *ex causa exheredationis, vel præteritionis irritum est testamentũ. quantum ad institutiones.* De la mesma forma que el testamento se anula, en quanto à la institucion primera, ita similiter, en quanto â la sustituciõ quæ est secunda heredis institutio, *l. si quis cum testamẽtum* 25. *ff. de testament. l.* 1. ibi: *Instituti primo gradu sustituti secundo, vel tertio, ff. de vulgar.* & ibi DD. *l. neque enim* 14. *aliàs, l. idem est* 13. *§. fin.* ibi: *A primò, & à secundò herede, ff. de militari test.* expresse *l.* 1. *tit.* 5. *part.* 6. ibi: *Substitutus en Latin, tanto quiere dezir en romance, como otro heredero que es establecido del fazedor del testamento en el segundo grado, despues de el primero heredero.* Vbi Gregor. *gloss.* 1. ibi: *Sustitutio est secunda institutio.* Gomez 1. *variar. cap.* 3. *num.* 1. Dom. Couarr. *in cap. Raynutius, §.* 4. *in princ.* Spino *de testam. gloss.* 21. *à num.* 1. Dom. Pichard. *in princ. Inst. de vulg. à num.* 1.

23 ¶ Optime Bald. *in dict. Auth. ex causa, num.* 35. illic: *Nam sicut irritum est testamentum, quoad institutionem primam, ita, & quo ad secundam succedaneam, quæ vocatur sustitutio directa, & vulgaris, & est ratio, quia si valeret vulgaris sustitutio, ergo valeret institutio, nam nobis sustitutio est conditionalis institutio, l. in ratione,*

§. si

§. si in filiam, ff. ad legem falcidiam. Et si valeret sustitutio, ergo legata non deuerentur ex prouisione, huius Auth. sed ex viribus institutionis, quod est falsum.

24 ¶ Tũ. Porque pupilaris sustitutio nõ potest fieri, nisi pater testetur, sibi antea, quã filio, & ista est natura pupilaris sustitutionis, & eius ordo, qui prætermitti non potest, *l. 1. §. fin. l. 2. §. adeo, & §. prius, ff. de vulg. §. liberis, Inst. de vulg. & pupil.* Vnde prouenit: *Non valere pupilarem sustitutionem, nam vnum est testamentum patris, & filij, & non potest decedere filius testatus, nisi pater testatus obierit, licèt è contra solius patris valeat testamentum, quia est principale, & perfectum in se ipso, vt ff. de vulg. l. si quis eum, §. fin.* que son palabras tambien del mesmo Bald. *in dict. Authent. ex causa, num. 37.*

25 ¶ Y porque no era justo repetir, romanceando antes los fundamentos que por esta sentencia trae este grande Maestro, valiendose de parte de lo que antes auia considerado Dyno, reprouando à Bartulo, que fue el primero à quien siguieron tantos: insertaremos sus palabras, donde con grande elegancia se explica, y persuade, aunque juzgando el punto por dificultoso, sic in *dict. Auth. ex causa, n. 37. in fin.* inquit.

26 ¶ *Iste passus de pupilari sustitutione est difficilis, Dynus enim dicit, non valere, quia peruenitur ad casum à quo incipere non potest: ergo per regulam generalem non valet, quia superuenit impedimentum, antequam actus esset confirmatus, arg. ff. de fideius. l. Vranius, §. sed cum duo. Quod autem non possit incipere testamentum à pupilari sustitutione, ita, quod pupilaris sustitutio stet per se, certum est, quia lex ita determinat, vt dist. §. prius, & merito, quia pupilaris sustitutio debet cõfirmari, per aditionem hereditatis, ex testamento paterno, quæcumque enim non confirmantur, si ab alio dependent, inania sunt, ff. de leg. 3. l. si iure.*

27 ¶ *Præterea nulla sustitutio valeat, si filius*

filius est præteritus, vt ff. de liber. & posthum. l. Gallus, §. in omnibus, nec non, in eadem l. Gallus, in princ. Non ob dictio cætera, quæ est hic; quia litera apperte dicit; quod illa cætera non includunt institutionem heredis, vt patet ibi, dum dicit, quãtum ad institutionem. Sed omnis sustitutio directa est institutio conditionalis, ergo est hic expressum, quod sustitutio directa non valet.

28 ¶ *Præterea ista sustitutio, dirigitur nominatim, in ipsum præteritum, vel exheredatũ; ergo non valet, ff. de legat. 3. l. ex filio. Præterea cum ipse idem præteritus, vel exheredatus rumpat; ergo quod prouisum est in suum fauorem, non valet, vt ff. de legat. præstand. l. filium, §. omnibus.*

29 ¶ *Sed contra prædicta facit; quia tutela testamentaria remanet firma, & sine alia confirmatione Prætoris, ergo idem in pupilari substitutione, sed certè, ista non est bona similitudo, quia text. apperte statuit, vnum in institutione, & contarium in tutela, nam tutela non absoruet iura legitimorũ heredum, sed sustitutio sic, vt ff. de inof. testament. l. Papinianus, §. sed neque in puberis.*

30 ¶ *Pretera impossibile est, quod sustitutio pupilaris non sit testamentum patris, & filij, nam patris testamentum est, quo ad voluntatem, filij vero; quo ad efectualitatem; cum ergo patris testamentum validum esse non possit, propter vitiũ præteritionis, ergo nec filij. Sicut Cyn. & Bart. aprobant glos.*

31 ¶ *Ego vero aprobo Dyn. Ex natura substitutionis pupilaris, quem habet à iure, quod non possit valere, sine testamento paterno, nec reperitur hoc correctum, & text. in corpore loquitur de capitulis testamenti, sed substitutio pupilaris non est capitulum testamenti, sed est ipsum testamentũ, & caput id sum institutionis, scilicet ergo text. in corpore, in §. si autem hæc obseruata non fuerint, vniuersaliter dicat valeret, qualibet alia capitula, præter institutionem heredis; tamen sub istis verbis*

 vni-

vniuersalibus pupilaris sustitutio non videtur in cludi, quod probo primo per text. dict. §. in verbo ad impleri, & dari illis, quibus fuerint de relicta, & tanquã in hoc non rescissum, & catera omnia. Nã ista verba sunt obliqua, & ad sustitutionem directam non perninent.

32 ¶ *Item hoc probo per rationem: nam cum aliquid specialiter prohibetur, vel irritatur, si postea aduersatiue sequitur clausula generalis, talis generalitas non includit ea, qua sunt similia irritatis; nam cum aliquid prohibetur, & eius simile intelligitur prohiberi, vt notãt in l. 2. de vsucap. pro emptor. Sed sustitutio pupilaris est similis institutioni, quia substituti sub ducta persona pupili, reducuntur ad intellectum institutionis, vt ff. ad legem falcidiam, in l. in ratione, §. si filio.*

33 ¶ *Item sequeretur, quod pater decederat pro parte testatus, & pro parte intestatus, quod ius non patitur, quia naturaliter inter se pugnant causa testati, & intestati, vt in l. ius nostrum, ff. de reg. iur.*

34 ¶ Tienen lo mismo que Bald. Petr. de Belapert. & Ioann. Ign. *in dict. Authent. ex causa, num.* 167. Corras. *in l. si testamento, num.* 54. *C. de impuber.* Dom. Couarr. *in cap. Raynutius, de testamentis,* §. 6. *num.* 3. ibi: *His etenim respondeo, neq; pupilarem sustitutionem conseruari, rupto testamẽto, ex eo quod testamentum patris est necessarium ad hoc, vt filij testamẽtum hoc, procedat & valeat, §. liberis, Inst. de pup. sust. l. 2. §. prius, ff. de vulg. Et si testamentum patris euanescat, tollitur, & pupilaris sustitutio, dict. l. 2. §. plane, l. Papinianus, §. sed neque impuberis, ff. de inoffic. testament. & in dict. §. liberis. Nec obest decissio Authentica ex causa, quia ex illa nouella ea tantum conseruantur rupto testamento, qua absque heredis institutione consistere possunt: at illa qua, necessario, & pracisse exigunt prauiam heredis institutionem, minime rupto testamento effectum habere possunt; vnde verius*

rius est pupilarem sustitutionem rupto testamento, nequaquam conseruari ex dicta nouella.

35 ¶ Angulo *in l. 8. tit. de las mejoras, glos. 2. num. 26. vers. Contrariam opinionem, tenuerunt Dyn. Petrus. Et vltra montani, intelligentes quod per illam Authenticam conseruantur ea, quæ sine institutione poterant consistere, non verò ea, quæ necessario requirebant institutionem; qualis est pupilaris substitutio, dict. l. 1. §. fin. de vulgar. §. liberis, Inst. de pupilar. vt sic rupta institutione, non conseruetur.*

SEGVNDO FVNDAMENTO destas partes.

36 ¶ Quando el antecedente se halla tan controvertido, y opinable, como se ha visto, por el encuentro de autoridades, en la inteligencia de las palabras *cætera namque, dict. Authent. ex causa, C. de liber. præter.* Nos saca de toda duda la decision de la ley de Partida, que es expressa, y literal â fauor de doña Bernarda, y doña Magdalena, hermanas, quæ est *l. 10. tit. 5. part. 6.* in hæc verba.

37 ¶ *Otro si dezimos, que seyendo quebrantado por alguna razon derecha el testamento que ouiesse fecho algun testador, en que ouiesse dado sustituto el padre à su fijo, ò alguno otro en la manera que es dicha pupilar, que se desataria la sustitucion porende. E aun dezimos, que desfallece esta sustitucion pupilar, si el padre hiziere despues otro testamento acauado, ESSO MISMO SERIA SI DESPVES QVE EL PADRE HIZO TESTAMENTO, E DEXO SVSTITVTO A SV FIJO, LE NACIESSE OTRO FIJO, O FIJA.*

38 ¶ Por la qual reconocen los Regnicolas estar corregida, ò declarada *dict. Auth. ex causa*, para que no comprehenda la sustitucion pupilar, Gregor. ibidem *glos. 15. verb. se desataria*, ibi: *Et*

Et istam opinionem aprobat ista lex partitarum. quod tenementi. Matienç. *in l. 1. tit. 14. glos. 14. numer.* 82. Angul. *in l.* 8. *glos.* 2. *numer.* 27. vers. *Sed quidquid sit de iure cõmuni multũ extrinsit l. Partitæ, quæ generaliter loquitur, & licèt de iure communi in puncto iuris communis opinio vera esset: iure tamen Regio hæc lex contrariũ aprobat: prout supra citati A. A. Regni fatentur.*

39 ¶ Late Gutierr. *lib.* 2. *pract. quæst.* 30. *à num.* 3. vbi in fine concludit: *Postea in fin. l. p. refert alios duos casus in quibus sustitutio euanescit, nempè, quando testamentum quoque ipso iure rumpitur, alio posteriori testamento perfecto condicto, & agnatione posthumi: & hic est verus casus literalis, vltra omnes, dict. l. Regia. Secundum quam manifestè ibi probatur opinio Dyni, & Sequatium, vt rectè aduertit in proprio loco Gregor. & Costa, etiam vbi supr. num.* 18. *Dicens in hoc Regno Castellæ vix esse, vt communis opinio probari queat per dictam legem Partitæ.*

OPOSICION CONTRARIA à este fundamento.

40 ¶ Representa la parte de don Gonçalo, que despues vino la ley del Ordenamiento, ya recopilada, que es la 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil.* donde dada la forma à la solemnidad que deuen tener los testamentos, añada las palabras siguientes.

41 ¶ *Y mandamos, que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quãto à las mandas, y otras cosas que en el se contienen, aunque el testador no aya hecho heredero alguno. Y entonces herede aquel, que segun derecho, y costumbre de la tierra auia de heredar, en caso que el testador no hiziera testamento, y cumplase el testamento.* Et postea: *Y si el testador instituyesse heredero, y este no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en el se contienen.*

De

42 ¶ De las quales, illic: *Valga, en quanto a las mandas, y otras cosas que en èl se contienen, aũ que el testador no aya hecho heredero* (que parece corresponden a las de dicha *Auth. ex causa*, illic: *Cætera namque firma permanent.*) Sacan los DD. valer la restitucion pupilar, aunque por el nacimiento del Posthumo preterido se anule el testamento: pues ya no es necessaria institucion de heredero para conseruarlo.

43 ¶ Sic en terminos Burg. de Paz *in l. 3. Taur. conclus. 6. num.* 836. Tell. Fern. ibidem, 4. *p. à num.* 8. Costa *in cap. si pater*, 3. *part.* verb. *censendum, num.* 18. *lib. 6.* Anton. Gom. 1. *variar. cap.* 4. *num.* 4. *& in l. 24. Taur. nu.* 5. Matienç. *in l. 1. tit. 5. Recopilat. gloss.* 14. *num.* 82. *&* 83. Gutierr. *lib. 2. practicar. cap.* 30. *num.* 4. Azeued. *in dict. l. 1. tit. 4. Recopil. à num.* 148. Ayllon, Add. Anton. Gom. 1. *variar. cap.* 3. *num.* 34. que solo refiere las autoridades sin decidir el punto.

44 ¶ Verum sin embargo siempre tendrá firmeza lo resuelto; y literalmente decidido *in dict. l. 10. tit. 5. part. 6. in fin.* a que se deue estar, y seguir, in iudicando, & consulendo. Ex seqq.

45 ¶ Porque esta *l. 1. Ordinam. seu Recopilat.* ibi: *Valga en quanto a las mandas, y otras cosas*: no habla en substitutiones pupilares, ni aquella palabra, ibi: *E otras cosas*, despues, *de mandas*, las comprehende, si no los fideicomissos particulares, libertades, & alia huius generis, quod patet.

46 ¶ De que, pues, expressa, y literalmente nuestra *l. de Partida* las exceptuô: no se puede presumir reuocacion, ni derogacion della por esta del fuero, si aliquo modo conciliari valeant, *l. non est nouum, l. sed & posteriores, & l. nam Imperator, ff. de legib. l. vn. C. de in officios. dot. cap. cum expediat, de lect. lib. 6. Gloss. in l. si petiero, ff. qui satisd. cog. & in auth. offeratur, C. de litis contest.* Rom. *cons.* 40. *num.* 5. *& cons.* 57. *num.* 2. *&* 3. *& cons.* 322. *num.* 2. Alex. *cons.* 122. *nu.* 13. *&* 14. *& cons.* 123. *num.* 10. *&* 11. *lib.* 4.

47 ¶ Maximê, quando con tanta deliberacion, y acuerdo se auian fecho, y reduzido a lengua Castellana las leyes de Partida, para que se guardassen, como ellas lo disponen, y manda la *l.1. de Toro.* Y asi no es de creer, que por sola esta palabra, *otras cosas*, tan facilmente quedasse destruida, en quanto a las sostituciones particulares.

48 ¶ Ad text. in *l. si quando, C. de inof. fic. testament.* ibi: *Neque enim credendum est, huiusmodi verbo, totam obseruationem multis vigilijs excogitatam, atque inuentam euertere velle, cap. Ecclesia vestra 57. de electione.* Surd. *decis.* 210. *num.* 11. Casanat. *cons.* 15. *nu.* 42. Castill. *decis. Siciliæ* 42. *tom.* 2. *num.* 13.

49 ¶ Tùm, porque *dict. l.* 1. habla quando en caso de no dexar el testador heredero, ô auiendolo instituido no aceptasse, que son diuersos, *dict. l. partita*, que fue para quãdo el testamẽto se anula, ex causa exheredationis, vel præteritionis, & sic debet remanere indemnis, *l. commodissime, ff. de liber. & post. l. si estraneus, ff. de condit. ob caus.* optimè considerat Greg. Lop. *in dict. l.* 10. *tit.* 5. *p.* 6. *glos.* 15. verb. *se desataria*, ibi: *Neque obstat l.* 1. *tit. de los testamentos, lib.* 5. *Ordinam. Quia illa l. tantum decidit casum illum, quando deficit heredis institutio. Quia testator illam non fecit, vel si fecit, heres non adiuit hereditatem. Et iste casus, de quo ista l. partitarum, quando testamentum disoluitur ex causa præteritionis, vel ex heredationis non disoluitur ibi.*

50 ¶ Tùm, porque vt cumque sit, la sostitucion pupilar de nuestro pleyto fue formada *de toda la herencia de don Iuan de la Peñuela, por institucion de heredero que hizo a don Lope su hijo menor, vnico, que entõces tenia, y si muriere dentro de los* 14. *años, sucediesse la otra parte en todo tambien.*

51 ¶ Con que supuesto que non tenet talis substitutio, nisi ex dispositione paterna, & est secunda istitutio, ex iuribus supra congestis, *num.* 22. & 23. no es posible que anulado dicho testamento ag

na-

natione posthumę, se conserve la sustitucion, quãdo la ley solo habla *de mandas, y otras cosas*, que no son instituciones, sic ex iuribus congestis, & repetitis à Bald. *in dict. Aut. ex causa, C. de liber. præt.* in verbis *supr. à num.* 25. & iterum *à num.* 26. Dom. Couarr. *in dict. cap. Reynutius,* § 6. *num.* 4. Didac. Perez *in l.* 1. *tit. de los testamentos, lib.* 5. *Ordinam. fol. mihi* 86. vers. *Quero vtrum, circa finem.*

52 ¶ Tùm, porque en terminos indiuiduales, en explicacion de la *l. de Partida,* y oponiendose de la de el Fuero, tienen en fauor desta parte D. Gregor. Lop. *in dict. l.* 10. *tit.* 5. *part.* 6. verb. *se desataria* Donde auiẽdo dicho las palabras, proximè relata, *nu.* 50. y oponiendose de los argumentos contrarios, sin dezidir por ellos in illa glosa, postea en la inmediata 17. verb. *otro fijo*, inquit ita. *Et sic agnatione posthumi substitutio pupillaris expirat, eo quia rumpitur paternum testamentum; quod Bart. in l. pupillari, ff. de vulgar. & pup. dixit, quod procedebat olim: & quod hodie non expirauit, per dict. Auth. ex causa, contra cuius dictum habes casum hic de iure partitarum; & dixi in glossa præcedenti.*

53 ¶ Dom. Couarruv. *in dict. cap. Raynutius,* §. 6. *num.* 4. ibi: *Quam opinionem l.* 10. *tit.* 5. *part.* 6. *minime refragatur; l.* 1. *tit. de test. libr.* 5. *Ordin. quæ non addita hereditate ab herede scripto, legata, & cætera scripta in testamento seruanda esse æquissime sansit: eã etenim intelligo in his, quæ præcisse institutionem heredis non requirunt, id est in his, quæ scribi, & disponi possunt in eo actu, qui heredis institutionem non requirit, neque admittit; secus verò in his, quæ absque heredis institutione, minime subsistunt. Neque quidquam confirmat communem opinionem, quod fideicõmissa, legata, & dationes tutellarum subsistineantur, rupto testamento ex causa exheredationis, vel præteritionis. Quia hæc non adeo requirunt hæredis institutionem, imò absque ea quandoque subsistunt, l. absque ea, ff. de confirm. tut.* Et postea ... : *Et parum refert;*

fert, quod dictio cætera contineat inter alia sustitutionem, l. qui plures, §. fin. ff. de vulgat. & l. nam quod, §. vltim. ff. ad Trebel. Nam id procedere, nisi ratio diuersa planè dictaret non esse capitula expressim à nobela Iustiniani confirmata ad substitutionem trahenda. Maximè cum sustitutio verè dici posit institutio, quia per eam heres instituitur, & tamen ipsa nobela institutionem hæredis in specie rumpi, & in probare voluit. Et prosequitur, vsque ad finem omnino vidẽdus, & sepius relegẽdus.

54 ¶ Didac. Perez *in dict. l. 1. tit. 2. lib. 5. Ordinam. fol.* 83. vers. *Eam tamen, de iure Regni non admitterem: quia expressa constitutione cautum est, quod disoluatur sustitutio pupillaris rupto testamento, l. 10. tit. 5. part. 6. cuius verba transcribi.* Et prosequitur ibi: *Neque refragatur tex. iste* (quæ est lex Ordinamenti) *& l. Lusitaniæ, quæ firmant equissimè, quod non addita hereditate ab herede scripto legata, & cætera scripta in testamento seruanda esse: nam intelligenda est in his, quæ præcisè institutionem heredis nõ requirunt: secus verò in his, quæ absque heredis institutione minimè subsistunt: vt docet Couarr. in dict. §. 6. num. 4.* Et tamen concludit illic: *Ex quibus infertur inualidam esse sustitutionem pupillarem contentam in testamẽto inualido ex causa iniusta exheredationis, vel præteritionis: rupto namque testamento, non datur heredis institutio, nec aditio, quæ requiruntur ad validitatem sustitutionis pupillaris, etiam stante ista lege: quamuis minus benè firmauerit aliud.* Anton. Gom. *de vltim. voluntat. cap. 4. n. 4. hanc legem 1. in specie citando.*

55 ¶ Andræas Angulo *in dict. l. 8. glos. 2. à num.* 26. desde donde propone la question, y refiere las dos opiniones. *Et num.* 28. inquit: *Sed quidquid sit de iure communi, multum stringit dict. l. Partita, quæ generaliter loquitur, & magis adaptatur ad casum exheredationis, vel præteritionis, quam ad solemnitatis defectum. Aliàs si textus tractaret si[illegible]um de nullitate testamenti ex* de-

defectu solemnitatis, necesse non erat, quod expiret pupilarem corruere, cum omnia contenta corruerẽt, l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testament.

56 ¶ Et tandem concludit *num.* 59. in hæc verba: *Non obstat l. 1. tit. 4. supr. Vbi contenta in testamento valent, etiam si in eo hæres scriptus non sit; vel scriptus repudiauerit; in quibus terminis substineri pupillarem substitutionem existimauit Gomez, & alij. Quo argumento videtur idem statuendum esse, quando institutio deffecisset ex preteritione, vel exheredatione, cum maior deffectus versetur nullo scripto herede, aut eo repudiante (quibus casibus omnia corruebant, l. si nemo, de testament. tutell. l. eam quam, C. de fideicom.) quam rupta institutione ex præteritione, vel exheredatione (quo casu reliqua conseruabantur, vt in dict. Authent. ex causa) prout videtur obiicere Gregor. & firmauit Matienç. in dict. l. 1. glos. 14. num. 83. Etenim respondeo, opinionem veram non esse, & d. l. 1. esse intelligẽdam eodẽ modo, quod dict. l. Partitæ, scilicet in alijs, excepta pupillari substitione, prout existimauit Couarr. vbi supr. Ex eadem ratione, & fundamento; quod ea sine institutione valere non possit; vt in dict. iuribus, & pro hac parte retorqueo dict. argumentum. Nam si lex Partitæ ob leuiorem defectum præteritionis, vel exheredationis, quo non obstante solent reliqua substineri, adhuc noluit, vt pupillaris substitutio conseruaretur, à fortiori dict. lex 1. non est præsumenda voluisse conseruare pupillarem, ex tanto maiori deffectu heredis, aut aditionis, ex quo omnia corruebant. Et quamuis in terminis dict. l. prima, opinio Gomezij esset vera: ea tamen l. tanquam correctoria non esset extendenda; etiam ex maioritate rationis ad casum, qui dict. l. Partita decissus est; l. si verò, §. si de viro, ff. solut. matrim. & in hanc partem videtur inclinare Greg. vbi supr. & quidem cum dict. lex Partita (quantumuis dura) ita scripta sit, si iura*

 va-

valeant, & legibus iudicandum est, hac opinio videtur pracissa.

57 ¶ A que añadimos, que resultando la conservacion desta sostitució pupilar, en odio de la posthuma, respeto de quedar exheredada por su hermano, y à fauor del sostituto, què es estraño, deuria en duda inclinarse el arbitrio por la posthuma, como aun iure communi, antes de la *l. de Partida*, lo resolviò Paul. de Castr. *in dict. Authent. ex causa*, quem refert Dom. Couarr. *in dict. cap. Raynutius*, §. 6. *num.* 4. *in fin.* ibi: *Qua ratione, adhuc iure cõmuni, cum opinio communis dubia sit, merito foret restringenda, vt ea, neque quam admitteretur, vbi extraneus esset substitutus pupillo, omissis pupilli fratribus.*

58 ¶ Y mas, quãdo passa sin escrupulo, ni grauamẽ de cõciencia la exheredacion q̃ el hermano haze de su hazienda contra el hermano pobre, sin causa, *cap. si ques reliquerit*, 30. *distin.* Anchar. *in cap. malæ fidei possessor, de regul. iur. in* 6. *num.* 1. Ioan. Fab. *in* §. 1. *de her. quæ ab intest. defer.* Didac. Perez ad Segur. *in l. cum Patronus, ff. de legat.* 2. *num.* 4. Guillerm. Benedict. *in cap. Raynutius*, verbo, *testamentum, el* 1. *num.* 7. Ant. Gomez *in l.* 8. *Taur. nu.* 4. Gutierr. 3. *practicar. quæst.* 17. Cened. *quæst. Canonic.* 17. *per totam*. Sobre que dixo San Agustin: *Si quis habet consanguineum pauperum, & extraneum instituit heredem, alium querat pro consilio quem Augustinum*, quem refert Gomez *in dict. l.* 4. *Taur. n.* 4. *in fin.*

59 ¶ Præcipuê, aumentandose el incõveniente, por ser tambien dicha sustitucion en perjuyzio de doña Iuana de la Cueua; madre del menor, y aun del mesmo: con que por euitarlo, parece justo seguir la sentencia que pretendemos, por cõtener mayor equidad, sicuti in terminis considerat Angul. *in dict. l.* 8. *tit. de las mejoras, glos.* 2. *nu.* 28. illic: *Et licèt iure communi, in puncto iuris communis opinio vera esset tamen Regio hac lex Partita,*

titæ,contrarium approbat: prout Regni Authores fatentur. Et est opinio æquior, si exclusa matre filio substituerentur extranei. Tunc enim substitutio, quæ aliàs fauore pupilli inducta est, l. si pupillis, vers. Utilitatem impuberis, ff. de acquir. her. odiosa potius est, secund. Iass. in l. in testamento, nu. 7. C. de testam. milit. Menchac. de success. progress. §. 15. num. 55. Et sic opinio illi contraria erit fauorabilior, cap. odia, de regul. iur. in 6.

60 ¶ Nam licêt, sea lo mas cierto, y prouable, que valdrà la sustitucion pupilar, adversus matrem. Ya se sabe la contradicion que esto tiene, assi de DD. antiguos, que aun en conciencia lleuaron lo contrario, como fueron Archid. *in cap. si pater, de testam. in 6.* quem sequuntur ibid. Dec. *n.* 10. Corras. *num.* 30. Corn. *in l. precibus, C. de impub. num.* 4. Domin. *in cap. si pater, de testam. num.* 6. Gualdens. *de arte testand. tit.* 5. *caut.* 6. *num.* 2. *ubi hanc esse communem opinionem attestatur*, Lancelot. Poli. *in tract. de subst. pupil. in* 5. *effectu. pup. subst.* Alexand. *in l. Centurio, ff. de pupil. subst.* quos refert Trentacinq. *de subst. quæst.* 2. *cap.* 16. *num.* 5. Como de modernos, que junta Ayll. ad Anton. Gom. 1. *variar. cap.* 4. *num.* 8. vers. *Pupillarem.*

61 ¶ Tùm etiam, de que por dicha *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* no quedase derogada la de Partida. Parece se colige de lo dispuesto por *la* 24. *de Toro*, que dize: *Quando el testamento se rompiere, ò anulare por causa de pretericion, ò exheredacion, en el qual ouiere mejora de tercio, ò quinto, no por esso se rompa, ni menos dexe de valer el dicho tercio, y quinto, como si el dicho testamento no se rompiera.*

62 ¶ Donde para conservar la mejora en el caso de anularse el testamento por causa de pretericion, se dispuso por ley particular, clara, y sin disputa, quando no juzgaria nadie su promulgacion por necessaria, respeto de ser prelegado la mejora, y estar exceptuada *in dict. Authent, ex causa*, vt

notant

notant Dom. Couarr. *in dict. cap. Raynutius*, §. 6. *num.* 4. Dieg. Perez *in dict. l.* 2. *Ordin. vbi supr.* Tell. Fern. *in dict. l.* 24. *Taur. num.* 1. vbi Anton. Gomez *num.* 3. ibi: *Sed contrarium est dicendum. Imò, quod prædicta melioratio, valeat, & teneat, & non irritetur rupto, vel anullato testamento ex prædictis causis heredationis, vel exheredationis; cuius ratio, quia talis melioratio, potius censetur prælegatum, quam institutio vniuersalis. Tell. Fern. ibid. num.* 1.

63 ¶ Et sic nullatenus, se deue presumir, quod *dict. l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil.* que limitadamẽte habla en causa de no dexar heredero el testador, ò no queriendo acetar, *se conseruen las mandas, y otras cosas*, se extendiesse à otros casos diuersos, ni â mas, ni aliende, ni â derogar la *l. de Partida*, que expressa, y literalmente anulò las sostituciones pupilares.

64 ¶ Optimè quasi in simili negotio, oponiendose desta mesma ley Real, Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 23. ibi: *Quæ iura ex decissione l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 5. *Ordinam. quæ est l.* 1. *tit.* 4. *libr.* 5. *in noua legum Regni collectione, quâ cauetur valere testamentum, absque heredis institutione, inouata, seù correcta non sunt. Cum enim illa lex correctoria sit, vltra casus in ea specificè decissos non extenditur, quod est summe notandum ad intellectum dictarũ legum.* Dom. Castill. *lib.* 3. *cap.* 17. *à num.* 127. *cum seqq.* præcipuè *num.* 144. vbi latè, bien â nuestro proposito.

65 ¶ Tùm denique. Porque en conformidad de lo que pretendemos, en caso, y pleyto semejante, lo determinô esta Real Chancilleria, defendiendo lo contrario Tello Fernandez, como lo confiessa el mismo, siendo Iuez el señor Couarruvias, (contra cuya autoridad es toda su impughacion) inquit Tell. *in dict. l.* 3. *Taur.* 4. *part. num.* 3. *in fin.* vers. *Verùm,* illic: *Verùm enim vereor tantæ auctoritati resistere, & libenter à contradictione discederer,*

rer, nisi timerem opinionem eius esse periculosam; & ex inde vniuersæ reipublicæ posse à ferre detrimentum, tam in iudicando; quam in consulendo; maxime in locis, vbi non plene excutiuntur iura, & iam me aduocato, & ipso Domino Episcopo iudicante super hoc controuersum fuit; & secundum eius opinionem fuit iudicatum.

66 ¶ Cuyo exemplar bastarâ (por ser en punto de Derecho, y en explicaciõ de leyes) de tan alto, y supremo Tribunal, para el vencimiento desta causa (quando no huviera otros fundamentos, quanto mas asistiendonos tantos) *l. filius, ff. ad legem Corneliam, de sicaris*, ibi: *Sic inueni Senatum censuisse, c. in causa, de sententia in re iudicat. l.* 14. *tit.* 22. *part.* 3. Gamm. *decis.* 33. *num.* 2. Dom. Valenç. *cons.* 40. *à num.* 55. Dom. Castill. *tom.* 5. *cap.* 89. *à num.* 97. Dom. Perez de Lara *in comp. cap.* 1. *à num.* 57.

TERCERO FUNDAMENTO destas partes.

67 ¶ Ademas de los antecedentes, añadimos, el considerar, que D. Lope, menor, muriò quatro meses antes que naciesse la posthuma su hermana, en cuya especie, ni la *Authent. ex causa*, ni los q̃ con ocasion della, y de la ley de Partida, y Recopil. supr. referid. disputaron por vna, y otra parte. *Vtrũ scilicèt natiuitate posthumi substitutio irrita sit nec ne?* han tocado hablar del caso: antes suponen viuia el hijo tempore natiuitatis posthumi, alioqui eius institutio non irritaretur agnatione illius, *l.* 5. *§. post deffectum, ff. de iniunst. rupt.* ibi: *Post deffectum autem conditionis natus posthumus gradum non rumpit, quia nullus est.*

68 ¶ Et sic, nos parece q̃ en esta especie no se halla derogado el Derecho comun, y asi, serà preciso recurrir à el.

69 ¶ Por cuya disposicion es notorio, que la substitucion, etiam pupilar secunda institutio sit,

 taliter,

taliter, quod sublata primã remanet pura, & eius subintrat locum, *l. cum quidam 4. C. de necess. seru. her. inst. l. Papinianus, §. si quis impuberi, de inof. test. & alijs supr. num.*

70 ¶ De que proviene, que auiendo faltado la institucion por muerte de don Lope, entrò en su lugar la substitucion (en que se funda la pretension contraria) substeniendo el testamento hasta ver si nacia, ò no la posthuma, para que naciendo le rompiesse, y en caso de no nacer, quedasse firme, y sucediesse el substituto en fuerça della.

71 ¶ Quod deducitur, ex *l. nam & si sub conditione 5. ff. de iniust. rupt.* ibi: *Nam & si sub conditione sit heres institutus quis, à quo posthumus non est exheredatus, tamen pendente cõditione rumpitur gradus, vt & Iulianus scripsit. Sed si sit ei substitutus quis, etiam deficiente conditione primi gradus non admittetur substitutus, à quo scilicet posthumis exheredatus non est.*

72 ¶ Mejor text. la *l. si filius heres 16. ff. de liber. & posthum. Si filius heres institutus est omisso posthumo, filioque substitutus nepos, ex eo sit, si interim moriatur filius posthumo non nato, nepotem tam patri, quam auo suũ heredem futurũ.*

73 ¶ Y annque estuvo el sentir de los DD. sobre este texto vltimo, *in dict. l. si filius heres, ff. de liber. & posthum.* tan vario, que Bartul. y otros sus sequazes, se vieron obligados à dezir, ex ijs verbis: *Nepotem tam patri, quam auo suum heredem futurum*, que por la substitucion vulgar se priuò al hijo del derecho de suidad.

74 ¶ Lo contrario, y que no perdio la suidad el hijo, se tiene por mas cierto, como in explicatione huius text. post Christ. de Castell. cum Paul. & Aretin. Bald. *dict. l. si filius 16.* Corras. *miscell. libr. 1. capit. 2.* Dom. Menchac. *de success. creat. libr. 3. §. 21. à numer. 184.* Cald. Pereyr. *in l. si curatorem habens, numer. 46. vers. Sed contraria sententia, C. de integr. restitut.* Ceuall. *commun. contr. commun. quæst. 602.* Dom. Castill. *controu.*

tom. 3.

tom.3.*cap*.11.*n*.2. ex Fab. Ossuald. & alijs D. Vela *dissert*.11.*n*.40. *&* 41.

75 ¶ Y la razon de dezidir del text. y del discurso que se ha hecho, consiste en que en la especie dèl se hallò vn posthumo preterido, vn hijo instituido, y à este dado por substituto vn hijo suyo, y nieto del testador: y por auer muerto el hijo ante agnationem posthumi, resuelve que de ninguna forma serà heredero, por auer muerto ante agnationem posthumi, & dum pendebat causa testamenti, & intestati propter substitutionem.

76 ¶ Sic cũ Dom. Menchac. *dict.* §.21. *num*.184. Cald. Pereyr. *dict. num*. 46. Dom. Pich. *in* §. *ita demum, Inst. de her. quæ ab inst. defer. à n*.7. *præcipuè à num*.30. *&* *ad tit. de acq. hered. cap*.10. *num*.14. Dom. Castill. *dict. cap*.11. *num*.2. ibi: *Negari etiam nullo pacto valeat, quin ipsemet authores, & cæteri huius secundæ partis sectatores decepti fuerint circa intellectum, dict. l. si filius heres, de lib. & posthum. Siue quod minus bene eiusdem sensum perceperint, ibi namque per dationem substituti vulgaris non fuit sublata suitas filij, & licet nepos auo suo heres sit ex alio quidem prouenit, scilicet, quia patri eius non fuit delata hereditas; propter pendentem posthumi natiuitatem.* Et postea ibi: *Certum namq; est quandiu posthumus nasci sperabatur tandiu heres scriptus non poterat esse heres, neque iure aditionis, vel immistionis, neque iure suitatis, l. illud, §. fin. cum l. seq. ff. de bon. possess. contr. tabul. l. ventre præterito* 84. *ff. de acq. hered. Pendente itaque posthumi natiuitate, filius ille suus heres esse nullo modo poterat, neque ex testamento propter incertam eiusdem validitatem ex ijsdem iuribus, neque abintestato, quia quandiu locus potest esse successioni ex testamento, successio abintestato locum non habet.*

77 ¶ Destas doctrinas bastantemente se reconoce, que auiendo en nuestro pleyto nacido cõ efecto la posthuma (con q̃ salimos de otra duda q̃ los DD. mueven *in d. l.* si fue aborto el parto, ò no)

en tiempo que auia premuerto don Lope su hermano, es precifo que rompieſſe el grado de la ſuſtitucion,& per conſequens,que ſucedieſſe ella abinteſtato a ſu padre en todo,ſin dar parte a la contraria, que es eſtraño, que ſe vale ſolo de la ſuſtitucion reſuelta,y anulada.

78 ❡ Y el dar la herencia,*dict.l.ſi filius,ff. de liber. & poſthum.* â el nieto ſoſtituido, fue para que entraſſe ratione ſuitatis, como heredero abinteſtato de ſu abuelo:no empero en fuerça de la ſoſtitucion que ſe rompiò natiuitate poſthumi.

79 ❡ Eleganter Cuiac.*lib.4.ad African. in explicat. dict.l.ſi filius* 16.ibi: *Et filius quidem mortuus eſt interim nondum nato poſthumo,poſt deinde poſthumus natus eſt*.Et poſtea ibi:*Et ex ſua perſona nepos abinteſtato , non tantum patri ſuo authores erit ; ſed etiam auo vna cum poſthumo, quia in hereditatem aui legitimam ambo concurrunt,ex* 12.*tab.licet non ſint eiuſdem gradus, non poteſt auo ex ſubſtitutione heres eſſe, quia agnatio poſthumi teſtamentum rumpit*.Idem *lib.3.obſeru. cap.21.*

80 ❡ Ant.Fabr.*lib.1.coniect.càp.10. & libr.9.cap.5.num.8. & de error.pragm.decad.32. error.6.num.*18.ibi: *Itaque quod Africanus indiſtinctè, & ſimpliciter ait nepotem,tam aut ſuum heredem fore non impugnat noſtram ſententiam, ſed opus adiubat,cum velimus id verum eſſe omni caſu,ideſt,ſiuè natus ſit poſthum. ſiuè non ſit, ſed cũ hac tamẽ explicatione, & diſtinctione, vt ſi natus ſit poſthumus,nepos ſuus heres ſit auo abinteſtato, ſi verò ſit natus poſthumus ſit heres ſuus, & idem auo ex teſtam.*

81 ❡ Aliàs enim , ſe ſiguiera conſervarſe la ſoſtitucion ,ex teſtamento , y ſuceder en fuerça del la otra parte, y el poſthumo abinteſtato, quod ius abhorret,ex regula *l. Ius noſtrum, de regul.iur.* Bald.*in dict. Auth.ex cauſa, num.* 37. & alijs iuribus ſupra repetitis.

82 ❡ Sin q̃ lo embarace la ley del Reyno, por-

porque en la verdad no lo permite, sin embargo de auer parecido assi à algunos DD. cuyo sentir està reprouado, como en mas fuertes terminos, scilicet, quando vno es instituido in re certa censeatur vniuersalis heres, & non detur locus venientibus abintestato, ne pro parte decedat ex testamento, & partim abintestato, sic Dom. Molin. *libr.* 1. *c.* 17. *n.* 22. *&* 23. Dom. Castill. *lib.* 3. *cap.* 17. *nu.* 124. *&* 127. *cum seqq.* Dom. Pich. *Inst. de acquir. hered. cap.* 30. Dom. Larrea *decis.* 40. *num.* 68. Ayllon *in addit. ad Gom. cap.* 10. *tit. de iur. adcresc. n.* 10. vers. *An autem dispositio textus.*

83 ❡ Y solo se limitarâ iure Regio, quando ay voluntad clara del testador que disponga lo contrario, vt inquit Dom. Castill. *dict. cap.* 17. *nu.* 150. & Dom. Larrea *dict. decis.* 40. *n.* 68. *in med.*

84 ❡ Neque momenti erit, el oponer que estas doctrinas hablan en substitucion vulgar, y en nuestro caso se trata de conservar vna pupilar. Porque se satisface.

85 ❡ Lo vno, porque en la pupilar se comprehende la tacita vulgar, *l.* 4. *de vulg.* Dom. Couarruv. *in cap. Raynutius, de testam.* § 5. *num.* 5. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 3. *n.* 3. & alij quos refert Ayllon ad Gom. *tom.* 1. *cap.* 3. *num.* 18.

86 ❡ Lo otro, porque si la expressa se rompe para suceder el posthumo eius natiuitate maiori ratione, quando no halla otro grado que el de la sostitucion, quæ est secunda institutio, ex iuribus supra congestis.

87 ❡ Y porque no obstante el nacimiento de el posthumo, estando el hijo a quien se diò el substituto instituido, se conservara la sostitucion, tratādose de suceder en bienes del padre, alias faltara el requisito principal, scilicèt, quod sit heres, & infra pubertatem decedat, *l.* 2. § 1. *ff. de vulg. & pup.* § *liberis, Instit. de pup. subst. cum vulgatis.*

88 ❡ Quod nequaquam, se halla derogado por la *Auth. ex causa*, ni por los que con ocasion

della,

della, y de la ley del Reyno conservan la substitució pupilar. Porque suponen que los hijos suceden abintestato, y que de la forma que se conseruan los legados, y demas dispuesto en el testamento: subsista tābien la substitucion pupilar para que faltādo el hijo que sucediò abintestato por el nacimiento del posthumo, entre el substituto pupilar, ad *l.* 1. §. 1. *de vulg.* ibi: *Plane, si omissa causa principalis testamenti abintestato possideatur hereditas dicendum est, & pupilo substitutum seruandum.*

89 ¶ Mas no conceden, que en caso que absolute, no suceda el hijo en los bienes del padre (que son los de que oy se trata) aya de conservarse la substitucion pupilar, pues esto fuera ser el substituto heredero del padre, y no del hijo, quod naturæ substitutionis pupilaris repugnat, *l.* 2. §. 4. *ff. de vulgar.* §. *igitur. Instit. de pup.* ibi: *Tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset.* Et ibi Dom. Pichard. *n.* 3. Dom. Castill. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 5. & *c.* 15. *n.* 5.

90 ¶ De que resulta, que pues se halla ajustado el derecho deste tercero fundamento, con el verdadero caso de nuestro pleyto, dōde quatro meses despues de la muerte de don Iuan de la Peñuela, muriò Don Lope su hijo, y que luego pidiò la possession de toda la herencia la otra parte, la qual saliò contradiziendo doña Iuana su madre en nombre de el vientre, diziendo se auia de aguardar a su nacimiento, *porque estaua preñada, y que la vieran matronas*, y lo mesmo hizo vn curador que se nombrô. Auiendo nacido despues la posthuma, quando era muerto su heredero, como si hallarà en los autos compulsados à fol. 34. cum seqq. justamente pretendemos nos fauorecer en todo esta limitacion en exclusion de el intento contrario.

QVARTO FVNDAMENTO *de estas partes.*

91 ¶ Don Iuan de la Peñuela no supo, que su muger quedasse preñada à el tiempo que hizo el testa-

testamento, y formô la substitucion pupilar, y con esta circunstancia de ignorarlo (como es infalible, que no lo supo) assi por disposicion de derecho comun, como de nuestro Reyno, certum est, quod agnatione posthumæ, se anulò en todo el testamento, y con èl dicha sostitucion pupilar, sin poder valerse de ella la otra parte.

92 ¶ Esta resolucion se justifica, ex text. in *l. sicut certi 9.* ibi: *Ita si ignorans se filium habere non esse filio ademptam hereditatem, sed minime valente testamento, si sit in potestate, eum ad successionem venire in dubijs non habetur, C. de milit. testam.*

93 ¶ Mejor, ê indiuidual, que habla en posthumo, la *l. 10.* siguiẽte, ibi: *Si cum, vel in vtero haberetur filia inscio patre milite, ab eo præterita sit, vel cum in rebus humanis eam non esse falso rumore perlato, pater putauit, nullam eius in testamento fecit mentionem silentium huiusmodi, ex heredatio nis notam, nequaquam infligit, §. sed si in expeditione,* ibi: *Non ignorante, Inst. de ex her. liber.*

94 ¶ Per quæ, & alia iura, en terminos de la explicacion de las palabras *d. Auth. ex causa,* ibi: *Cætera namque.* Bart. (que fue el acerrimo defensor de la opinion contraria, y los que le siguieron, se limitan in presenti) dice pues Bart. ibid. *num. 4. Et sic distingue, aut filius est præteritus à testatore sciẽter, & habet locum hæc Auth. quia testamentum rumpitur quãtum ad heredis institutionem, cætera firma remanent, aut est præteritus à testatore ignorante, & tunc iura antiqua remanent in correcta, quia testamentum nullo iure valebit.* Bald. *in dict. Auth. num. 23.* Paul. Castrens. *num. 3.* Angel. *n. 5.* Iass. *num. 4.* Curt. Iun. *num. 17.* Alex. *in l. 2. §. fin. columm. fin. de vulg.* vbi Alciat. *nu. 45.* Rippa *n. 33.* Paul. Paris. *in addit.* ad Alex. *cons. 23.* Beltran *dict. cons. 150. num. 2. lib. 2.*

95 ¶ Horozc. *in l. tale pactum, §. fin. col. 90. 8. in fin. ff. de pact.* Tiraquel. *ex multis in l. si vnquam,* verb. *donatione largitus. C. de reuoc. donat.*

Loriot.

Loriot.*de iuris art.tract.*12.*axiom.*56 Alex.Tren tac.*de subst.part.*2.*cap.*14.*num.*13 Iul.Clar.*in* §. *testamentum,quæst.*52.*à num.*4. Donde auiendo opuestose de algunos, inquit: *Dispositio d. Auth. non habeat locum, vbi posthumus sit ignoranter præteritus: tenent Bart. & alij, & hæc opinio mihi, semper placuit, tanquam verior, & æquior, & magis fabens filijs, & adherens verisimiliter menti testatoris, quæ etiam proculdubio est magis communis, & ideo ab ea in practica non recedas, si vis recte iudicare.* Anton.Fab. *C. de liber. præter. diffin.* 1. *in fin.*

96 ¶ Iacob.Cancer. 1. *variar.cap.*4. *nu.* 57. ibi: *Utrum autem, dict. Auth. ex causa locum habeat, si testator posthumum præterieit, non satis inter DD. constat resolutiue, tamen veritas est, quod si testator ignoranter præterierit posthumum, vt quia nesciret se habere vxorem pugnantem, aut alias, quod dicta Authentica locum non habet; & vetera iura manent in correcta.* Fussar. *de substitut. quæst.*119.*num.*5.

97 ¶ E Manuel de Acosta *in cap. si pater, nu.* 18. ibi: *Et quidem ea sententia iure, etiam communi defendi posset, si testator per ignorantiam præteriuit non nato, & nato impuberi sustituisset pupilariter extraneum. Eo enim casu obtinere merito debent, quod nato posthumo, qui per ignorantiam fuit præteritus rumpatur, etiam pupilare testamentum.*

98 ¶ De nuestro Reyno Dom. Padill. *in l. ea quam, C. de fideicom. nu.* 39. in medio, ibi: *Sed mediam Bart. hac in re viam secutus est, cuius sententia inualuit in illa auth. ex causa, nu.* 6. *dicens conseruari quidem legata beneficio auth. ex causa, rupto testamento, propter posthumi præteritionẽ, si ille sit scienter à testatore præteritus. Si vero ignoranter præteritus sit posthumus, aut filius iam natus, quem testator ignorauat se habere legata minime conseruari.*

99 ¶ Ceuall. *commun. quæst.*182. *in principip.*

*cip.*ibi: *Dispositio, text. in dict. auth. ex causa non habet locum, si præterito sit facta à patre ignorante se habere posthumum; quia tunc non debentur legata, quam opinionem magis communem: dixit Orosc. in l. tale pactum*, & postea in fine, ibi: *Quæ opinio es tenenda, etiam de iure, vt tradit Azeued. in l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. num. 174. & 175. per illam legem, quæ non es extendenda ad hunc casum, quod verum est.*

100 ❡ Azeued. *in dict. l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopilat. num.* 173. ibi: *Imò quod non debeantur legata, si ignoranter posthumus à patre præteriretur, tenuerunt plures, & hanc esse communem, & magis communem, & veriorem appellat, Orosc. Meneses, & Clarus, & quod Auth. ex causa loquitur quoties præteritio fuit scienter secus verò, si ignoranter, quia tunc deficit voluntas testatoris.*

101 ❡ Y en terminos *dict. l.* 24. *Taur.* y sin embargo della Anton. Gom. in illa, *nu.* 3. vers. *Pro cuius perfecta declaratione quæro; an dispositio prædicta authentica habeat locum in præteritione filij, vel nati, vel posthumi, quem testator ignorauat habere: & breuiter, & resolutiue dico, quod non: imò tali casu legata, & fideicommissa infirmantur: quia præsumitur, quod si cogitaret, vel sciret, non reliqueret: argumento textus in l. sicum, vel in vtero, C. de testam. militis. Præteritio tamen de filio facta, quem ignorauat habere reddit testamentũ nullum, & omnia in eo contenta irritantur, & in expresso per illud tex. tenent Bart. Paul. Curt. iun. & alij.* Et postea.

102 ❡ Illic: *Neque obstat text. in l. fin. ff. de her. inst. vbi habetur, quod quando præteritio est facta ab ignorante, vitiatur institutio, & legata, & fideicommissa remanent firma; quia ibi loquitur, quando præteritio es talis personæ, cuius præteritio non rumpit testamentum, sed institutio rumpitur, propter defectum causæ, quam testator adesse putabat, quæ causa respicebat institutionem solàm, nõ verò legata, nec fideicommissa: ideo merito remanẽt*

 firma,

firma, quia in eis non deficit voluntas defuncti: ita Bart. & communi doctor, vbi supra, & maximè in dict. Auth. ex causa.

103 ¶ Matienç. *in l.8. tit.6. lib.5. Recop.* (quæ est la 24. de Tor.) *gloss.1. num.* 5. sic: *Limita in primis, legem nostram, nisi pater præterijt filium, seu posthumum ignoranter, ignorabat, siquidem talem habere filium, qua in specie, prælegata, seu meliorationes non conseruantur, imò rupto testamento, ex causa præteritionis, vitiantur legata, & prælegata, quippe quæ non fecisset, si sciisset filium alium habere ex iuris præsumptione, argum. text. in l. sicum, vel in vtero, C. de milit. testam. ex quo id expendunt, Bart. Paul. & DD. ibi in dict. Auth. ex causa, C. de liberis præteritis, vbi Ias. num.3. & Curt. iun. num.17. hanc attestantur communem, istam limitationem, tradit Ant. Gom. in dict. l.24. Taur. num.6. vbi respondit ad l. vlt. de her. inst.*

104 ¶ Et licêt de contrario se haga replica, diziendo, que aunque sea cierta esta resolucion, se deue sublimitar, in præsenti donde la voluntad de don Iuan de la Peñuela, fue de hazer fideicomisso, perpetuo en sus pariẽtes, como lo demuestra la clausula supra *num.* y lo deponen algunos de sus testigos, lo qual mirô a conseruar su familia, y que es lo mesmo que si huviera puesto la clausula saludable, *que valga, como mejor de derecho lugar aya*, seu codicilar. *valga en fuerça de fideicomisso*, cõ lo qual lleuan muchos, que aunque el testador ignore, que su muger queda preñada, valdrâ la sustitucion pupilar.

105 ¶ Como son Corn. *cons.*118. *nu. fin. lib.*2. Barbat. *cons.*6. *nu. pen. lib.*3. Socin. iun. *cons.* 128. *num.*257. *lib.*1. Ruin. *cons.*19. *num.*8. *libr.*3. Roland. Vall. *cons.*7. *num.*18. *libr.*4. Cephal. *cons.* 585. *num.*42. *lib.*4. Beroi. *cons.*12. *num.* 2. Bellon. *cons.*85. *n.*3. quos, & alios congerit Hondede. *cons.* 74. *a n.*24. *lib.*1.

106 ¶ Respondemos. Lo vno, con que auiẽdose anulado dicho testamento, natiuitate posthu-

mæ

mæ pręteritæ loquẽdo in totum la sustitucion pupilar, ex latè congestis, *in 1. & 2. & 3. fundamento.*

107 ¶ Lo otro, porque en nuestro testamẽto *no ay clausulas codicilar, neque eo meliori modo, &c.* ni tal se hallarà, & sic falta el supuesto, & per cõsequẽs, no se ajustã las doctrinas q̃ se fundã en ellas.

108 ¶ Lo tercero, y principal. Porque aun en caso que las tuviera, supuesto, que don Iuan de la Peñuela ignorô, que su muger estuviesse preñada, la mas cierta, segura, y corriente opiniõ, es, que se anula in totum el testamento con la sustitucion pupilar, legados, y fideicommissos que en èl huviere, y se responde a los DD. contrarios lo siguiente.

109 ¶ Tûm, quia clausula codicilaris, quasi ademente posita censetur, & contra oficium pietatis â testante, nihil operatur, *l. Titia quando. ff. de militari test. l. 2.* verb. *quasi ademente, eodem tit.* Igneus *in dict. Auth. ex caus. nu. 193. C. de liber. præter.* Grabriel. *commun. lib. 5. de consuet. conc. 4. in fin.* Bursat. *cons. 15. n. 8.*

110 ¶ Tûm, porq̃ semejãtes clausulas, de ordinario se ponẽ de estilo notariorum, & nõ volũtate testantium, Grammat. *decis. 62. num. 23.* Curt. iun. *cons. 81. in fin.* Eberard. *cons. 26. à num. 1.* eleganter Bart. *in l. 1. quæst. 6. ff. de iure codicilor.* ibi: *Quare clausula ad ignoranter præteritos non trahitur, & solet apponi de stilo Notariorum, magis, quam ex voluntate,* Ripp. *in l. Centurio, num. 83. ff. de vulg.* Burs. *dict. cons. 15. à nu. 11.* ibi: *Clausulam codicillarem magis censeri appositam de stilo Notariorum, quam de voluntate testantium:* Et postea, *n. 13.* ibi: *Vel secundo dici potest, dict. clausulam codicillarem, etiam futurarum respiciẽtem, nullum operari efectum in prœteritione ab ignorante facta. Quis enim nescit dict. clausulam codicilarem, quoquo modo conceptam, numquam contra voluntatem, & mentem disponentis operari? Verum quis dubitat, quod tempore testamenti non cogitauit testator de liberis futuris, & quod si cogitasset, vel aliam institutionem fecisset, vel in testa-*

tus

tus decessisset, vel quateuus peritus de eficatia d. clausulæ codicilaris, eam in testamento non apposuisset, nec carnem suam odium habuisse crederetur, vt extraneum ei præferre: argum. l. cum auus, vbi Socin. num. 43. ff. de condit. & demonstr. l. cum acutissimi, C. de fideicomm. gloss. in l. tale pactum, ff. de pactis, & §. prohibemus, & §. quam ob rem in Authent. de trien. & semi. Neque enim præsumendũ est, quem à ratione, & equitate naturali, tam deviare, vt naturæ in iuriam inferendo voluerit sine causa præferre extraneum filio, quem habiturũ ignorauat, & contra pietatis officium testari, §. primum, Auth. de her. & Falcid. l. 1. & 2. ff. de inof. gloss. in dict. Auth. ex causa, & ibi Igne. num. 72. C. de liber. præt. Vnde legis mens, & voluntas testatoris deficit.

111 ¶ Y en comprobacion desto dixo Bolognet. *in dict. Auth. ex causa, C. de liber. præt. nu.* 39. *Quod DD. in conscientia tenuerunt hanc opinionem equiorem, licet cupiditate lucri consuluerint contrarium*: ibidem Gozad. *nu.* 27. & Cauagn. *num.* 124. & Iasso. *num.* 7. Bertran. *cons.* 10. *vol.* 2. *& cons.* 71. *vol.* 3. vbi inquit: *Hanc partem veriorem, & in sua conscientia amplectitur,* Bursat. *dict. cons.* 15. *n.* 22.

112 ¶ Et Igneus ex mente aliorum persuade, *vt animæ consulatur, qua nihil pretiosus hanc opinionem amplectendam, in dict. Auth. ex causa, à num.* 201. *& nu.* 211. *in fin.* Ruin. *cons.* 6. *& cons.* 17. *vol.* 3. Alciatus *de præsunt. reg.* 1. *præs.* 13. Iul. Clar. *in dict. §. testamentum, libr.* 3. *quæst.* 47. Asserens, *Mediolanensem Senatum satis celebrem in iudicando, talem opinionem sequi solitum, tanquã veriorem, communiorem, ac humaniorẽ, & à qua in practica, vel iudicando est minimè recedendum.*

113 ¶ Lo propio el Parlamento del final, teste Mantuan. *cons.* 164. *in fin.* ibi: *Eam communem, & secundum eam per magnum Parlamentũ Delfin. aliàs iudicatum fuisse,* & canonizatam, &

ab

ab omnibus approbatam, Alciat. *conf.* 527. Verol: *conf.* 118. *num.* 15 *vol.* 2.

114 ¶ Et extra antiquiores, tenent etiam Capra *resolut.* 111. *num.* 18. Gail. *lib.* 2. *obs.* 113. & 114. *per totas*, Gratian. *diceptation. cap.* 399. *a nu.* 10. *tom.* 2. Sim. de Pret. *de interpret. vltimar.* & alij congesti â Bursat. *dict. conf.* 15. *per totum*, que es grande alegacion en derecho para el punto.

115 ¶ Regnicolas, Dom. Menchac. *de succes. creat. lib.* 3. *tit. de codicillis*, §. 30. *num.* 43. Ceua llos *pract. commun. quæst.* 180. auiendo referido las dos opiniones, que dâ con esta; y dize: *Sed à prima opinione recedere non licet, cum sit verior, & communior, & magis in scholis recepta, & dicit veriorem, & æquiorem, Paul. de Montepico conf.* 1. *numer.* 30.

116 ¶ Anton. Gom. *in dict. l.* 24. *Taur. n.* 3. donde oponiendose de algunas limitaciones, y entre ellas *de la clausula codicilar*, ver. *secundo modo* responde in hæc verba: *Sed his non obstantibus, ego teneo contrariam sententiam; imò quod omnes prædicta limitaciones, non sint veræ, neque procedant; sed in distinctè hoc casu anullentur, & irritentur legata, & fideicommissa, quia dispositio testatoris deficit ratione præsumpta voluntatis, & ex defectu consensus. Ex quibus infero maximam, & singularem declarationem ad nostram l.* 24. *Taur: qua cauetur, quod rupto testamento ex causa præteritionis, vel ex heredationis conseruetur melioratio; vt intelligatur, & procedat quando filius est præteritus scienter. Secus verò si ignoranter, quia non conseruabitur; sed erit nullius momenti.*

117 ¶ Azeued. *in dict. l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil. num.* 173. vbi, assentando esta conclusion, y respondiendo â la *l. fin. ff. de her. inst.* lo mismo que Anton. Gom. *in dict. l.* 24. *nu.* 3. y afiançando mas esta opinion, prosequitur ibi: *Et in tantum es vera hæc secunda communior opinio, quod etiam si testamentum fieret cum clausula codicillari, posthumo ignoranter præterito, non debentur legata in eo contenta;*

tenta, etiam ex remedio Authent. ex causa, prout optimè, & latè defendit Ripp. vbi supr. num. 42. imò, neque etiam si esset ad pias causas secundum Bart. in l. 1. num. 59. C. de sacrosanct. Eccles. & glos. dict. l. 20. tit. 1. part. 6. & Ant. Gom. l. 24. Taur. nu. 3. Et facit illud Couar. in cap. relatum 1. nu. 9. de testament. eo quod deficit testamentum ratione presumptæ voluntatis, & ex defectu concensus.

118 ¶ *Dubitatur tamen, nunc quid erit, attenta lege nostra, secundum quam si heres repudiat, & non vult addire, debentur legata testamenti, an idem sit, si heres non potuerit propter posthumi præteritionem ignoranter factam? Et videbatur, quod sic, attentis supr. dict. regulis in princip. huius glossæ assignatis, & quia nec ipse testator cogitauit de noluntate heredis nolentis addire.*

119 ¶ *Sed nihilominus contrarium est tenendum, cum secunda magis communi opinione, lex enim nostra non est amplianda, nec extendenda vltra terminos suos. magis ad correctionem pluriũ iurium, & rationum communem opinionem fortificantium, cum tantũ lex nostra prouideat in duobus casibus addendo ad dict. Auth. ex causa, quæ in præteritione, & ex heredatione loquitur, vt idem scilicet sit, cum non instituitur heres, vel si instituitur, repudiat non verò in alio casu, & sic remanet dicta quæstio, in terminis dict. Auth. ex causa, & in terminis eius dicta communior opinio est tenenda, vt scilicet, posthumo ignoranter præterito, non sustineatur testamentum, etiam quo ad legata, & etiam lege nostra stante, quæ in nullo horum casuum loquitur. Non enim testator tot legata fecisset, si de posthumo scientiam, & notitiam haberet, nam quem alium testator plus diligeret, quam posthumum filium suum? Certe nullum? Nullus est enim amor, qui vincat paternum sirca filios, nec potest, quis habere meliorem amicum, quam patrem.* Et sic satis munita remunet hęc resolutio, probatũque satis hoc quartum fundamentum en quanto a el derecho.

120 ¶ Y (ajustandolo a el verdadero hecho) de que don Iuan de la Peñuela ignorasse; que doña Iuana de la Cueva su muger estuviera preñada à el tiempo que otorgô su testamento, patet ex sequentibus.

121 ¶ Lo vno, ex generali regula, qua dicimus ignorantiam præsumi, vbi scientia non probatur, *cap. ignorantia, de regul. iur. in 6.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 116. nu. 35.* Mascard. *conclus. 879. à num. 1.* Magon. *decis. lucens. 49. nu. 11.* Azeued. *in l. 2. tit. 10. lib. 6. Recopil.* August. Barbos. *axiom. 113. nu. 12. & in cap. præsumitur 47. de regul. iur. in 6. à n. 1.*

122 ¶ Lo otro, porque de tan corto tiempo, como de poco mas de vn mes que el vientre tendria (segun el dia en que despues naziô) no parece posible auer reconocidose el preñado, no solo por D. Iuan, pero ni aun por doña Iuana su muger, segũ lo fallax de los indicios que lo demuestran, como en terminos los refieren Cagnol. *in l. si quis pregnantẽ, num. 9. ff. de regul. iur.* Ioseph. de Rustic. *in l. cum auus, cap. 15. nu. 23.* Paçian. *de probat. cap. 3. n. 23.* Mar. Giur. *in consuetud. Messanens. cap. 8. gloss. 2. à num. 7. cum. seqq.* Carranç. *de part. cap. 1. de conceptione, sectio. 1. de signis conceptio, à nu. 23. cum* seqq.

123 ¶ Et sic, no se dà credito a sola la declaracion de la madre, por ser facil el engañarse, *l. 1. §. mulier, ff. de liber. agnosc.* Bart. *in l. Gallus, n. 14. ff. de liber. & posth.* Giurb. *dict. cap. 8. gloss. 2. num. 5.* vbi multas congerit Paul. Zachia. *in suo medic. legal. tit. 2. quæst. 2.* Carran. *dict. cap. 1. num. 24.* & postea, *num. 25.* ibi: *Cumque mulieres in assertionibus istis, sibi ipsis non constent, & passim fallantur. Etenim genituram adfluentem, sæpè mulieres non sentiunt; & ex contrario, multæ eius superfluæ humiditates, quas genituram putant ea retẽta præfluunt, vnde conceptionem sæpè, & sepius non sentiunt.* Boer. *decis. 220. in fin.* Ioseph. *Ludouic. commun. tit. de nato in octauo mense, conclus. vnic. ideo*

ad alia signa conceptionis externa, eam apertius indicantia nobis confugiendum videtur, præsertim in primoribus concepti diebus, tunc enim nihil certi in hac re extrinsecus datur: Cagnol. in dict. l. si quis prænantem, num. 187. Menoch. cons. 284. nu. 41. lib. 3.

124 ¶ Lo tercero, porque aun despues de muerto don Lope, menor, ê introduzidose el primer juyzio, y salido la madre en nombre de del parto, impidiendo la possession a la otra parte, dudaua la contraria, que fuesse cierto el preñado, y en vna mesma peticion alegò, que don Iuan de la Peñuela, aunque le constô del posthumo, hizo la sostitució, y al fin della dixo: *Y con lo que todo està acabado, es, conque doña Iuana no està preñada, y para verificacion desto, se ha de mandar, que dos matronas señalas miren el vientre en presencia de vn Medico, &c. fol. 34. buelta.*

125 ¶ Y la pregunta 5. de su interrogatorio fue: *Si el testador supiera, que su muger quedaua preñada*; todauia dispusiera, &c. Y sus testigos lo discurren asi, conque suponen la ignorancia.

126 ¶ Et tandem, *Fernando Carrillo, escriuano, ante quien se otorgò el testamento*, en la 4. pregunta dixo, que don Iuan queria mejorar a don Lope, menor, y que le aduirtio, que no podia, por ser vnico hijo, sino hazer sostitució pupilar, y que cõ esso la dispuso, y ordenô el testigo: y a la quinta pregunta concluye: *Que lo referido en la antecedente es cierto. Y que jamas se entendiò, que la dicha doña Iuana de la Cueua quedasse preñada, hasta que muerto el dicho su marido, se publicò lo estaua, fol. 89. & 90. videndus.*

127 ¶ Que siendo presentados por la contraria, aduersus eum plenè probant Surd. *decis.* 284. *n.* 18. Sarmient. *lib.* 3. *selectar. cap.* 11. *n.* 8. Noguer. *alleg.* 24. *n.* 114. vbi multos congerunt.

128 ¶ Licèt vnicus tantum fuisset, Hector Æmil. *de testib. ver. testis aduersæ partis, nu.* 2. Rimin. iun. *cons.* 58. *num.* 4. *volum.* 1. Cephal. *cons.*

65. *n.*

*65.num.55. & consf.82.num.47.*Burſat.*conſ.97.nu.*11. *& conſ.87.num.*4.Anton.Gabr.*comm.lib.*1.*tit.de teſtib: conc.*1.*num.*14.Maſcard.*conconc.*1362.*num.*18. Farin. *de teſtib.quæſt.62.à num.*226.DD.Ioſeph. Vela *diſert.* 38.*num.*69.

129 ¶ Vltimamente ſi ſe ponderare la probança de la otra parte, en orden a interpretar la voluntad de don Iuan de la Peñuela, diziendo, que ſi ſupiera quedaua ſu muger preñada, llamara â la poſthuma, y por ſu muerte a la otra parte, ſin dexar coſa alguna à dicha ſu muger: Aduertimos, que ſegun el caſo que ſobreuino, reſultara en todo a fauor deſtas partes.

130 ¶ Porque, ſi cogitaret de poſthuma, parece veroſimil, y cierto, *que la inſtituyera por heredera, juntamente con don Lope ſu hijo, y dixera, que muriendo los dos dentro de la edad pupilar, ſucedieſſe en ſus bienes, y haziẽda la otra parte, y los demas llamados, como lo hizo con dicho don Lope.*

131 ¶ Conque auiendo muerto eſte, antes de el nacimiento de ſu hermana, que fue heredera abſoluta de todo, y llegado a tener dicha poſthuma caſi catorze años de edad, conque quando falleciô eſtaua fuera de la pupilar, que cumpliò con los doze (ſegun conſta del teſtimonio, que eſtà fol. 226. del pleyto) nihil dubij auerſe deſvanecido dicha ſoſtitucion pupilar, & per conſequens el llamamiento de la otra parte, que pendia de ella, ſin poderſe ſuſtentar, neque in vim fideicommiſsi, *l. verbis ciuilib.*7.*l. in pupilari* 14.*ff. de vulgat. l. qua ætate, ff. de teſtam. §. fin. Inſt. quib. mod. tutel. fin. §. ſubſtituitur; Inſt. de pupil.* illic: *Maſculo igitur, vſque ad quatuordecim annos ſubſtitui poteſt fæmine, vſque ad duodecim annos, & ſi hoc tempus exceſſerit ſubſtitutio euaneſcit: l.*5.*l.*10.ibi: *Deſatase la ſoſtitucion; que es llamada pupilar, por quatro razones. La primera es, quando el mozo viene a edad de catorze años, e la moza à doze, a quien eſtablece el ſoſtituto, tit.*5.*part.*6.vbi Greg. *gloſ.*1.

132 ¶ Petr.Gregor. *ſyntag.*3.*part. lib.*42.*cap.* 23 *ſub num.*8.Trentac. *de ſuſt.*2.*part.cap.*19.*n.*3.Mant. *de coniect. lib.*5.*tit.*12.*nu.à.* multos congerit Intrigriol. *de ſuſtitut. ſentent.*1.*quæſt.*99.*nu.*11. Spino *de teſtam.*

 gloſ.

*glos.23.num.19. & 20.*Dom.Pichard.*in dict. §.substituitnr.*vers. *Masculo.*Merlin.*de legit.lib.3.tit.2.quæst.*13.Narbon.*de ætate,quæst.49.num.5.* ibi: *Quod locum obtinet, etiam vbi in longius tempus pupillarem substitutionem, siue testamentum filij pater produxerit, siquidem tunc decimo quarto anno, quo incipit pubertas euanescet, adeo vt post id tempus, neque iure fideicommissi efficax sit, l. verbis ciuibus, dict. §. masculo: Non enim euenasceret, finiretur, frustraue fieret. sit lapso eo tempore velut fideicommissum staret adhuc.*

133 ¶ Ex quibus omnibus iam iam satis patet, & clarê, que a todas luzes que se mire, y considere este negocio, y por quantos medios se discurra en todos, se hallarâ assistida de justicia conocida la defensa de las dos hermanas, para obtener determinacion fauorable.

QVINTO FVNDAMENTO
destas partes.

134 ¶ Pero quando por algun camino que no alcancemos, estuviera dudosa, este solo medio por si es suficiente para en duda vencer estas partes.

135 ¶ Lo vno. Por tener en su fauor sentencia passada en cosa juzgada del Doctor Susana, Abogado de esta Corte, de mayor credito en letras, y justificacion que huvo en su tiempo, y aunque en juyzio possessorio fue cō conocimiento de causa, hechas probanças por las partes, y discutido plenariamenre, que tiene casi fuerça de cosa juzgada para este de propriedad.

136 ¶ Assi lo afirman *Gloss. & DD. in l.2. C. de ordin.cogn.* con Alex.*decis.Panorm.*Rippa, & Socin. iun. Fachin.*controu.lib.10.cap.80.in prin.*Tusc.*conclus.*174.*num.17. & 36.lit.S.*Barbos.*in l.diuortio,§.fin.nu.*55.*ff soluto matrim.*Iuan Baut. Lup.*de natur.liber.commun.2.§.3.num.61.*vers. *Nisi esset,*Surd.*de aliment.tit.*1.*quæst.126.num.10.*Dom. Valenç.*cons.68.num.2.*

137 ¶ Stephan.Grat.*cap 445.à nu.1.*præcipuè *num.6.*ibi: *Maxime, quia in casu nostro non solum iudex plene cognouit, sed etiam respectu partis fuit plenissimè cognitum, cum pars conata fuerit producere, & probare, sicut si ordinarie actum fuisset, ita vt non potuisset maiorem diligentiam facere in iudicio ordinario; quod*

facit,

facit, vt tunc dicatur plene cognitum, & obstauit exceptio rei iudicatæ.

138 ¶ Dom. Castill. *libr.* 5. *cap.* 104. *à num.* 29. præcipuê *numer.* 34. ibi: *Quamuis sententia lata iuditio summario, non noceat, neque obstet in plenario, etiam inter easdem personas.* Postea ibi: *Attamen non idem dicendum est, vbi in iuditio summario fuit plene cognitum de eo, quod deducitur in iuditio plenario.* Et prosequitur refiriendo muchos.

139 ¶ Lo otro, por auer dilatado poner la demãda sobre la propiedad mas tiempo de 15. años despues de la determinacion en el juyzio possessorio; lo qual induze presumpcion de falta de justicia, *cap. Christianis* 11. *q.* 1. *in fin.* ibi: *Quia qui iudicium refugit apparet eum de iustitia difisum, cap. decernimus, quæst.* 9. Rom. *cons.* 169. *num.* 3. ibi: *Quinimò, & satis ad instantiam Pauli operatur, quod suus aduersarius iuditium subterfugiat, præsumitur enim iuditium fugiens de iustitia diffidere.* Afflict. *decis.* 13. *nu.* 22. ibi: *Præsumitur enim iuditium fugiens de sua iustitia diffidere.* Menoch. *lib.* 2. *præs.* 91. *n.* 1. ibi: *Qui iuditium refugit, de sua iustitia diffidere præsumitur.*

140 ¶ Y puede ser la introduxesse (quando tam poco arriesgaua en hazerlo) por prouar fortuna, como dize el text. *in l. seruus* 13. *ff. de stat. hom.* ibi: *Fortunæ iuditio, l. eos qui, § super his* 3. *C. de appell.* illic: *Vt meritis eorum consideratis pro fortuna singulorum sententia proferatur, l. vnic. C. quando Imper. inter pup. & vid.* ibi: *Experiantur iurgandi fortunam.* D. Frãc. de Pœnis *cons.* 1. *num.* 39.

141 ¶ Buscando la ocasion del Iuez amigo, que en lugar de darle la gracia, como dize el otro text. *in l. denuntiasse* 17. *§. quæritur, ff. ad l. Iul. de adulter.* illic: *Fortasis, & optinere, vel gratia, vel iustitia, vel legis auxilio posit.* Le hallò tal, que determinò a su fauor, haziendo tan notoria injusticia, como ademas de declararle por sucessor, condenó a estas partes en restitucion de la hazienda, *con los frutos que han podido rentar desde la muerte del dicho don Lope, menor*, que fue el año de 623.

142 ¶ Siendo assi, que por vn titulo tan legiti-

mo, como la sentencia *en juyzio possessorio, plenario, passada en cosa juzgada*, auian entrado a posseer, y los auian hecho suyos, sin obligaciõ de restituirlos, aunque perdiessen en la propiedad intentada, sino es desde la contestaciõ deste vltimo juyzio, Glos. *in cap. cum semper*, verb. *restituendum*, vbi Abb. *de causa poss. & pup.* Boer. *decis.* 340. *nu.* 7. Rot. *in antiq.* 3. *tit. de caus. poss. & pup.* Gail. *pract. obserb.* 63. *num.* 1. Mier. *de maior.* 3. *part. quæst.* 25. *à nu.* 42. Dom. Castill. *libr.* 5. *cap.* 135. *nu.* 67. vers. *In secundo.*

143 ¶ Lo tercero, por ser Actor la otra parte cõtra quien en duda deue salir la sentencia; y a fauor de los Reos demandados, *cap. fin. §. sane, de iur. iur. l. Arrianus* 47. *ff. de oblig. & action. l. is qui destinauit, ff. de R. I. l. extat* 25. *ff. de iure fisc. l. qui accusare, C. de edend. l. fin. C. de rei vendic. l. actor* 23. *C. de probat. l.* 1. *tit.* 14. *part.* 3. Et passim omnes.

144 ¶ Lo quarto, y vltimo, por ser posseedores legitimos estas partes, a quien les basta este titulo, mientras con euidencia no constare de la justicia de don Gonçalo, *l. vtifrui, ff. si vsusfructus petat*, illic: *Vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant*, *l.* 2. *ff. vti posid.* ibi: *Qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non posidet*, *l.* 40. *tit.* 16. *part.* 3. *in fin.* Dom. Castill. *libr.* 4. *capit.* 23. *num.* 27. Pater Gabr. Vazq. *ad* 1. 2. *D. Thom. disput.* 66. *cap.* 7. *num.* 42. in hæc verba: *Adde, quod nullus iudex in foro exteriori, propter vrgentiores rationes, non valentes assensum generare, possessorem re quam posidet spoliaret, si certum iuditium, & sententiam ferre vellet.*

145 ¶ Con que esperamos deuerse reuocar la sentencia del Inferior, y absolver, y dar por libres a estas partes de la demanda contraria, imponiendole perpetuo silẽcio. Salva in omnibus tanti Senatus, & Iudicis D. C.

L. D. Iuan de Herrera Pareja.